
Datum: 08.06.2004
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 53/04
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2004:0608.4U53.04.00

Vorinstanz: Landgericht Dortmund, 13 O 68/03

Tenor:

Unter Zurückweisung der Anschlussberufung der Beklagten wird auf die Berufung des Klägers das am 20. November 2003 verkündete Urteil der II. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Dortmund teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Der Beklagten wird es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der zukünftigen Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu vollziehen am Vorstand, untersagt, im geschäftlichen Verkehr für das Mittel „N“ zu werben wie folgt:

- a) „N“ – und der Hunger spielt keine Rolle mehr“,
- b) „So hilft N die Ernährung längerfristig umzustellen. Sie essen deutlich weniger und erreichen Ihr Wunschgewicht natürlich und ohne zu hungern.“

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand:

Die Beklagte ist Herstellerin des Medizinproduktes N Sättigungskomprimat. Sie vertrieb dieses Produkt in der Vergangenheit selbst. Mit Vertrag vom 13.08.2002 übertrug sie die Marken- und Vertriebsrechte hieran an die Firma B GmbH & Co. KG in H. Zum Inhalt der vertraglichen Vereinbarung wird auf Bl. 104 bis 126 d.A. Bezug genommen.

Für das Produkt N wurde in der Zeitschrift "X" in Heft Nr. 5 am 27.01.2003 und in Heft Nr. 10 am 01.03.2003 mit einer Werbeanzeige u.a. mit den Werbeaussagen "N – und Hunger spielt keine Rolle mehr" und "So hilft N die Ernährung langfristig umzustellen. Sie essen deutlich weniger und erreichen Ihr Wunschgewicht natürlich und ohne zu hungern" geworben. Zum genauen Erscheinungsbild der Werbung wird auf Bl. 29 d.A. Bezug genommen.

Der Kläger, ein branchenübergreifend und überregional tätiger Wettbewerbsverband, dem insbesondere eine repräsentative Anzahl an Gewerbetreibenden aus der Pharma-Branche angehört, hält die angegriffene Werbung für irreführend, da Hungergefühle auch durch das beworbene Mittel nicht verhindert werden könnten. Es werde zu Unrecht suggeriert, dass ein Abnehmen möglich sei, ohne zu hungern.

Der Kläger hat beantragt,

der Beklagten es bei Meidung von Ordnungsmitteln zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr für das Mittel "N" zu werben:

a) "N – und Hunger spielt keine Rolle mehr",

b) "So hilft N die Ernährung langfristig umzustellen. Sie essen

deutlich weniger und erreichen Ihr Wunschgewicht natürlich und ohne

zu hungern".

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hält das Vorgehen des Klägers für rechtsmißbräuchlich, weil der Kläger den Verfügungsantrag gegen die Firma B wegen der gleichen Werbung zurückgenommen und damit gezeigt habe, dass er das Verhalten der Firma B dulde. Evtl. Ansprüche gegen diese Firma lasse der Kläger verjähren.

Darüber hinaus sei die Klage jedenfalls unbegründet. Denn es liege weder eine Irreführung vor, noch sei die Beklagte überhaupt für die beanstandete Werbung verantwortlich. Denn die Werbung sei von der Firma B geschaltet worden, wie sich auch aus der in der Anzeige abgebildeten Faltschachtel mit dem Firmenkürzel dieser Firma ergebe. Da die Beklagte die Firma B nicht mit der Bewerbung beauftragt habe und auch keine Möglichkeit habe, auf deren Werbung Einfluss zu nehmen, könne der Beklagten schon deshalb die beanstandete Werbung nicht zugerechnet werden.

Das Landgericht hat durch Urteil vom 20. November 2003 der Beklagten unter Androhung von Ordnungsmitteln verboten,

im geschäftlichen Verkehr für das Mittel "N" zu werben wie folgt:	16
"Sie essen deutlich weniger und erreichen ihr Wunschgewicht natürlich und ohne zu hungern".	17
Die weitergehende Klage hat es abgewiesen.	18
Die Werbeaussagen "N – und Hunger spielt keine Rolle mehr" und "So hilft N die Ernährung langfristig umzustellen" seien nicht irreführend. Schon allein die Reduzierung von Nahrungszufuhr sei als eine Ernährungsumstellung anzunehmen, so dass die versprochene Hilfe auch tatsächlich gewährt werde. Die erstgenannte Aussage – Hunger spielt keine Rolle mehr – werde von den angesprochenen Verkehrskreisen nicht dahin verstanden, dass der Ausschluss von Hungergefühlen versprochen werde, falls man das beworbene Mittel einnehme. Die Aussage besage vielmehr nur, dass der Anwender die Bedeutsamkeit des von ihm	19
- subjektiv – empfundenen Hungergefühls im Hinblick auf seine Befindlichkeit und sein Verhalten nicht mehr als bestimmend ansehe. Dass eine derartige Wirkung nicht erreicht werde, sei nicht dargetan und nicht ersichtlich.	20
Die verbotene Aussage sei irreführend nach § 3 UWG. Denn sie gehe dahin, dass Hungergefühle nicht entstünden. Das sei aber unzutreffend, da sich nur eine Verringerung der Hungergefühle ergebe, wenn man das beworbene Mittel einnehme.	21
Die Beklagte hafte für die Werbung der Firma B nach § 13 Abs. 4 UWG. Denn diese Firma sei als Beauftragte der Beklagten anzusehen, weil sich die Zusammenarbeit der Beklagten mit der Firma B nicht auf eine übliche Lieferbeziehung reduziere.	22
Wegen des Inhaltes des Urteils im Einzelnen wird auf Bl. 284 ff. d.A. verwiesen.	23
Gegen dieses Urteil hat der Kläger form- und fristgerecht Berufung eingelegt.	24
Unter Ergänzung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrages meint der Kläger, dass das Landgericht der Aussage "N – und Hunger spielt keine Rolle mehr" einen unzutreffenden Aussageinhalt beigemessen habe. Schon der Wortsinn und der allgemeine Sprachgebrauch legten es nahe, dass mit der Einnahme des Mittels Hungergefühle nicht mehr aufträten. Wenn etwas keine Rolle mehr spiele, komme ihm nämlich keinerlei Bedeutung mehr zu. Deshalb verstehe der angesprochene Verkehr die Werbeaussage dahin, dass die Gestalt des Hungers in dem Drama der Gewichtsreduktion eben keine Rolle mehr spiele, ja nicht einmal mehr in dem Stück auftrete.	25
Zu Unrecht habe das Landgericht auch einen Teil des Klageantrages zu b) abgewiesen. Es habe dabei verkannt, dass dieser Teil vom Kläger nicht isoliert und in eigenständiger Form beanstandet worden sei. Der Angriff richte sich gegen die Werbeaussage insgesamt, die suggeriere, die dargestellten Erfolge – langfristige Umstellung der Ernährung, Essensreduzierung und Wunschgewicht – seien ohne Hungergefühle zu erreichen.	26
Der Kläger beantragt,	27
unter Abänderung des die Klage zurückweisenden Urteils des Landgerichts Dortmund vom 20. November 2003 – 13 O 68/03 – die Beklagte unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr für das Mittel "N" zu werben:	28

a) "N – und Hunger spielt keine Rolle mehr"	29
b) "So hilft N die Ernährung langfristig umzustellen. Sie essen deutlich weniger und erreichen Ihr Wunschgewicht natürlich und ohne zu hungern".	30 31
Die Beklagte beantragt,	32
die Berufung zurückzuweisen,	33
sowie im Wege der Anschlussberufung	34
das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage insgesamt abzuweisen.	35
Unter Ergänzung und Vertiefung des erstinstanzlichen Vortrages meint die Beklagte, dass die Formulierung "spielt keine Rolle mehr" nicht im Sinne von "ist nicht vorhanden" zu verstehen sei. Richtig sei vielmehr die vom Landgericht dargestellte Bedeutung, dass nämlich das Hungergefühl nicht lebensbestimmend im Vordergrund stehe. Auch hinsichtlich der Passage "So hilft N, die Ernährung langfristig umzustellen" sei die Klage zu Recht abgewiesen worden. Die Formulierung sei nicht mit der Wendung "ohne zu hungern" gleichzusetzen.	36
Das Urteil des Landgerichts sei dagegen fehlerhaft, soweit es der Klage stattgegeben habe. Es fehle schon an der Passivlegitimation der Beklagten, weil sie den Vertrieb von N aufgegeben habe und nicht befugt sei, die Marke N zu geschäftlichen Zwecken zu nutzen. Sie sei im Verhältnis zur Firma B auch nicht das herrschende Unternehmen, so dass sie die Werbung dieser Firma nicht beeinflussen könne.	37
Die verbotene Werbeaussage sei vom Landgericht zudem auch unzutreffend verstanden worden. Das Landgericht habe zu Unrecht den Begriff "Hungern" synonym für "Hungergefühl" oder "Hunger haben" verwendet. Nicht jeder Mensch, der Hunger habe, hungere auch. Dieses Verständnis werde auch durch die Erläuterung auf der Faltschachtel des Präparates unterstützt, wenn es dort heiße:	38
"Zur wirksamen Verringerung des Hungergefühls als Therapieunterstützung bei ernährungsbedingtem Übergewicht".	39
Insgesamt werde der Durchschnittsverbraucher eine Gesamtbetrachtung vornehmen, aus der sich ergebe, dass lediglich eine Verringerung des Hungergefühls erreicht werden könne.	40
Der Kläger beantragt,	41
die Anschlussberufung zurückzuweisen.	42
Wegen des Inhaltes der Parteivorträge im Einzelnen wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.	43
<u>Entscheidungsgründe:</u>	44
Die Berufung des Klägers ist begründet. Das Landgericht hat zu Unrecht die Werbeaussage "N – und Hunger spielt keine Rolle mehr" für zulässig erachtet.	45
Auch diese Werbeaussage ist irreführend im Sinne des § 3 UWG und deshalb zu verbieten.	46
	47

Dass es sich bei dieser Aussage in der Werbung um eine Tatsachenangabe im Sinne des § 3 UWG handelt, ist nicht zweifelhaft. Es wird nämlich eine Aussage darüber getroffen, welche Rolle der Hunger bei Einnahme des angepriesenen Mittels tatsächlich spielt.

Diese Rolle des Hungers wird in der beanstandeten Werbeaussage aber unzutreffend und damit irreführend wiedergegeben. Irreführend sind dabei solche Angaben, bei denen die konkrete Gefahr besteht, dass sie von einer nicht unerheblichen Zahl der angesprochenen Verkehrskreise falsch verstanden wird. Entscheidend ist, welchen Inhalt die angesprochenen Verkehrskreise der Werbeaussage entnehmen und ob dieser mit der Wirklichkeit übereinstimmt. 48

Angesprochen werden durch die Werbung die allgemeinen Verkehrskreise, zu denen auch die Mitglieder des Senats zählen. Diese verstehen die angegriffene Aussage dahin, dass Hunger keine Rolle mehr spielt, Hunger also von der Bühne abgetreten ist und nicht nur in seiner Bedeutung für das Drama des Abnehmens reduziert ist. Insoweit teilt der Senat die dem Satz vom Kläger beigelegte Bedeutung. Ist aber der Hunger nach der Aussage von der Bühne abgetreten, dann ist die so verstandene Aussage unrichtig. Denn der Hunger wird unstreitig nicht beseitigt. Er wird auch nach dem Vortrag der Beklagten nur reduziert. Dem entspricht auch die Angabe auf der Faltschachtel des Präparates und auf dem Beipackzettel. Dort ist immer nur von einer Verringerung des Hungergefühls bei Einnahme des Präparates die Rede. Diese Werbeaussage wird vom Kläger auch nicht angegriffen. Sie ist mithin nicht Gegenstand des vorliegenden Rechtsstreits. Vielmehr geht es hier nur um die Aussage in der beanstandeten Werbeanzeige, dass Hunger bei Einnahme des beworbenen Präparates eben keine Rolle mehr spielt. 49

Die wettbewerbsrechtliche Relevanz dieser Irreführung liegt auf der Hand. Denn eine solche Anpreisung hat auf die wirtschaftliche Entscheidung maßgeblichen Einfluss. Welcher Dickleibige möchte nicht ohne Hungergefühle abnehmen! 50

Es ist auch nicht zu beanstanden, dass der Kläger nicht die Anzeige insgesamt zum Gegenstand seines Verbotsbegehrens gemacht hat, sondern die beiden Kernaussagen der beanstandeten Anzeige herausgegriffen hat und jeweils getrennt verboten wissen will. Denn beide Aussagen stehen auch in der Anzeige isoliert nebeneinander. Es besteht mithin die Gefahr, dass jede Aussage auch für sich wiederholt wird. Deshalb kann der Kläger die Aussage über die fehlende Rolle des Hungergefühls bei Einnahme des beworbenen Präparates auch isoliert zum Verbotsgegenstand machen. Angesichts der fehlenden Verknüpfung dieser Aussage mit den weiteren Aussagen der Anzeige besteht auch hinsichtlich der isolierten Fassung die für ein Verbot erforderliche Wiederholungsgefahr. 51

Wie das Landgericht im Zusammenhang mit der Verurteilung der Beklagten ausgeführt hat, haftet die Beklagte auch für die Anzeige mit den beanstandeten Werbeaussagen. Diese Haftung folgt bereits aus § 13 Abs. 4 UWG, wonach der Geschäftsinhaber ohne Entlastungsmöglichkeit für Wettbewerbsverstöße seines Beauftragten haftet. Hinsichtlich des Begriffs des Beauftragten ist dabei eine weite Auslegung geboten. Beauftragter ist jeder, der, ohne Angestellter zu sein, im oder für den Geschäftsbetrieb eines anderen aufgrund eines vertraglichen Verhältnisses tätig ist (Köhler/Pieper, UWG, 3. Aufl., § 13 Rdz. 44 ff. m.w.N.). Er muss in die betriebliche Organisation dergestalt eingegliedert sein, dass einerseits der Erfolg seiner Handlung zumindest auch dem Betriebsinhaber zugute kommt, andererseits dem Betriebsinhaber ein bestimmender und durchsetzbarer Einfluss auf die beanstandete Tat eingeräumt ist. Dafür ist ausreichend, dass sich der Betriebsinhaber einen solchen Einfluss sichern könnte und müsste. 52

Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Wie schon das Landgericht herausgestellt hat, erschöpfen sich die Vertragsbeziehungen der Beklagten mit der Firma B nicht in einer bloßen Lieferbeziehung. Die Beklagte hat der B auch nicht nur ihre Marken verkauft, so dass die Firma B darüber frei schalten und walten könnte. Die Beklagte hat die Firma B vielmehr mit Exklusivbindungen und Abnahmeverpflichtungen an sich gebunden. Entscheidend ist dabei hier vor allem § 1 Abs. 3 der Vertriebsvereinbarung zwischen der Beklagten und der Firma B (vgl. Bl. 116 d.A.). Danach ist die Firma B nämlich verpflichtet, Verkaufsförderungsmaßnahmen innerhalb der Bundesrepublik Deutschland (Vertragsgebiet) für das Medizinprodukt N nach Maßgabe dieses Vertrages auch durch Einschaltung eines Außendienstes durchzuführen. Damit hat die Beklagte der Firma B die sonst die Beklagte betreffende Werbeverpflichtung auferlegt. Dieser Umstand reicht aus, um die Firma B jedenfalls im Hinblick auf Werbemaßnahmen für das hier in Rede stehende Präparat als Beauftragte der Beklagten anzusehen. Allein um die Frage der Werbung für dieses Präparat geht es aber im vorliegenden Fall. Diese Werbung der Firma B kommt selbstredend auch der Beklagten als Herstellerin des Präparates zugute. Dass die Firma B dabei auch im eigenen Interesse tätig wird, spielt keine Rolle. Dies ändert nichts daran, dass sie auch die Werbeinteressen der Beklagten wahrnimmt.

Die Beklagte hatte auf Grund der vertraglichen Beziehung zu der Firma B auch einen vertraglichen Anspruch gegen diese, die beanstandete Werbung zu unterlassen. Denn es versteht sich von selbst, daß die der Firma B auferlegte Verpflichtung, Verkaufsförderungsmaßnahmen durchzuführen und damit auch Werbung zu schalten, sich nur auf wettbewerbsrechtlich zulässige Werbung beziehen konnte. Zu rechtswidrigem Tun kann sich niemand verpflichten und verpflichtet werden, § 134 BGB. Mithin standen der Beklagten ausreichend rechtliche Handhaben schon auf Grund der vertraglichen Bindung der Firma B zur Verfügung, um diese Firma zu wettbewerbsrechtlich zulässiger Werbung anzuhalten. 54

Darüber hinaus besteht hier eine Haftung der Beklagten auch unter dem Gesichtspunkt der Störerhaftung. Störer ist nämlich – unabhängig von Art und Umfang seines Tatbeitrages – jeder, der in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal an der Herbeiführung der rechtswidrigen Beeinträchtigung mitgewirkt hat, wobei als Mitwirkung auch die Ausnutzung der Handlung eines eigenverantwortlich handelnden Dritten genügt, sofern der in Anspruch Genommene die rechtlichen Möglichkeiten zur Verhinderung dieser Handlung hatte (Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren 8. Auflage Kapitel 14 Rdzif. 4 ff mit weiteren Nachweisen). 55

Hier wäre es ohne den Vertriebsvertrag, den die Beklagte mit der Firma B abgeschlossen hat, nicht zu der Werbung gekommen. Insofern liegt eine kausale Verknüpfung zwischen dem Tun der Beklagten und der beanstandeten Werbung durch die Firma B vor. Die Beklagte hat auch Kenntnis von der Werbung und sie profitiert von dieser Werbung. Sie nutzt sie aus, indem auch ihr die Umsatzsteigerung, die die Werbung bewirkt, zu Gute kommt. Hinzu kommt, daß die Beklagte die Werbung verteidigt und meint, daß die Firma B auch in Zukunft derartige Anzeigen schalten dürfe. Wie bereits ausgeführt, hat die Beklagte die rechtlichen Möglichkeiten eine wettbewerbswidrige Werbung zu unterbinden. Dieses Recht folgt aus dem Vertrag der Beklagten mit der Firma B und aus dem Grundsatz, daß sich kein Unternehmen gefallen lassen muß, dass für sein Produkt ein Dritter wettbewerbswidrig wirbt (BGH GRUR 1995, 601 – Bahnhofs-Verkaufsstellen; BGH GRUR 1999, 977 – Räumschild; OLG Hamm GRUR 1992, 126 – Telefonanschluß). 56

Auch das Verbotsbegehren zu b) des Klägers ist begründet, und zwar in vollem Umfange. Es fehlt diesem Verbotsbegehren nicht deshalb das Rechtsschutzbedürfnis, weil das Landgericht im angefochtenen Urteil den zweiten Satz dieses Verbotsbegehrens "Sie essen deutlich weniger ..." im angefochtenen Urteil bereits verboten hat. Denn das Landgericht hat die als einheitlich zu betrachtende Werbeaussage zu Unrecht in einen unverfänglichen und einen verfänglichen Teil aufgespalten. Es hätte die Werbeaussage, wie in erster Instanz schon beantragt, insgesamt verbieten müssen.

Da das Landgericht im angefochtenen Urteil den zweiten Teil der beanstandeten Werbeaussage generell verboten hat, könnte der Kläger zwar mit diesem Titel auch die beanstandete Werbung mit dem – nach Ansicht des Landgerichts unverfänglichen – Satz verbieten. Man könnte also auf dem Standpunkt stehen, daß der Kläger mit seinem Berufungsantrag ein geringeres Verbot erstrebt, als es ausgeurteilt ist. Dann würde das Rechtsschutzbedürfnis fehlen (Pastor/Ahrens Der Wettbewerbsprozeß, 4. Auflage, Kapitel 34 Rdzif. 3). Denn der Kläger könnte dann auf den überschießenden Teil des erstrittenen Verbotstitels verzichten, ohne daß es einer eigenständigen Berufung des Klägers bedürfte. Diese Betrachtungsweise ist aber nur bei einem einheitlichen Streitgegenstand angezeigt, bei dem dem Kläger lediglich quantitativ mehr zugesprochen worden ist, als er beantragt hat. 58

Von einem solchen bloß quantitativen Verhältnis kann hier aber nicht ausgegangen werden. Vielmehr stellt das ausgeurteilte Verbot und das vom Kläger beantragte jeweils einen anderen Streitgegenstand dar (vgl. BGH GRUR 2004, 246 – Krankenkassenzulassung). Es ist nicht entscheidend, inwieweit das eine Verbot faktisch in einem anderen enthalten ist. Vielmehr ist streng nach dem jeweiligen Verbotsinhalt zu unterscheiden. Hier hat der Kläger eine ganz bestimmte Werbeaussage verboten wissen wollen, bestehend aus zwei Sätzen. Aus diesem Verbot hat das Landgericht unter Verstoß gegen § 308 ZPO etwas anderes gemacht, indem es einen Satz aus der zu verbietenden Werbeaussage – zu Unrecht – herausgestrichen hat. Das braucht der Kläger nicht hinzunehmen, ohne sich auf schwierige Fragen der Reichweite des beantragten und des ausgeurteilten Verbotes einlassen zu müssen. Wenn er die Gesamtaussage verboten wissen will, muß man ihm dieses Verbotsbegehren auch zugestehen. Dem Kläger können keine anderweitigen Verbote aufgedrängt werden, mag er dabei unter Umständen auch besser stehen als durch das begehrte Verbot. 59

Zu Recht hat das Landgericht die beanstandete Werbeaussage für irreführend im Sinne des § 3 UWG gehalten. Zur Vermeidung von Wiederholungen kann insoweit auf die zutreffenden Ausführungen des angefochtenen Urteils verwiesen werden. "Ohne zu Hungern" bedeutet eben nicht, daß nur ein weniger an Hunger eintritt, sondern eben gar kein Hunger. Die Unterscheidung zwischen "hungern" und "Hunger haben" geht an der Sache vorbei. Ohne zu hungern heißt, daß man aufs Ganze gesehen keinen Hunger mehr verspürt und daß damit Hunger als häufigste Ursache des Diätabbruchs ausgeschaltet ist. Das ist unzutreffend und damit irreführend, da mit dem geworbenen Präparat nur eine Verringerung des Hungers erzielt werden kann. 60

Dieser irreführende Charakter der insgesamt zu betrachtenden Werbeaussage wird durch den Einleitungssatz nicht relativiert. Das beworbene Präparat mag durchaus bei der Umstellung der Ernährung helfen können. Diese Werbeaussage soll der Beklagten aber auch isoliert nicht verboten werden. Sie mag sie in anderem Zusammenhang verwenden können, ohne irreführen. Im Zusammenhang mit dem folgenden Satz teilt sie aber dessen irreführenden Charakter. 61

Hinsichtlich der Passivlegitimation der Beklagten wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

Aus alledem folgt zugleich, daß die Anschlußberufung der Beklagten unbegründet ist. Denn der Beklagten geht es mit ihrer Anschlußberufung nicht darum, daß ausgeurteilte isolierte Verbot zu beseitigen. Vielmehr will die Beklagte mit ihrer Anschlußberufung erreichen, daß die beanstandete Werbeaussage in keinerlei Hinsicht verboten wird. Dieses Begehren ist unbegründet, weil wie dargelegt die beanstandeten Werbeaussagen irreführend sind. 63

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 ZPO. 64

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Ziffer 10 ZPO. 65